

ISSN 1993-0941

ББК 67.308
Д 35

Засновник

Академія правових наук України;
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого

Редакційна колегія

Ю. П. Битяк, д-р юрид. наук, проф. (головний редактор); **Л. М. Герасіна**, д-р соц. наук, проф.; **В. П. Колісник**, д-р юрид. наук, проф.; **Д. В. Лук'янов**, канд. юрид. наук, доц.; **М. І. Панов**, д-р юрид. наук, проф.; **О. В. Петришин**, д-р юрид. наук, проф.; **О. О. Погрібний**, д-р юрид. наук, проф.; **П. М. Рабінович**, д-р юрид. наук, проф.; **М. Я. Сегай**, д-р юрид. наук, проф.; **О. Ф. Скакун**, д-р юрид. наук, проф.; **О. В. Скрипнюк**, д-р юрид. наук, проф.; **Чапала Г. В.**, канд. юрид. наук (відповідальний секретар); **І. В. Яковлюк**, канд. юрид. наук, доц. (заступник головного редактора)

Видавець

Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування
61002, Харків, вул. Чернишевська, 80
Тел. 700-36-69

Видавництво

«Право» Академії правових наук України
61002, Харків, вул. Чернишевська, 80
Тел. 716-45-53

© Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування, 2008
© Видавництво «Право», 2008

С. П. Погребняк,

кандидат юридичних наук, доцент
Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого

Історичні витоки верховенства права

Принцип верховенства права (англ. — rule of law) сформувався в XVII-XIX ст. в умовах європейського культурно-правового простору, в лоні доктрини природного права. За своїм історичним походженням він безперечно є англійською концепцією і характеризує конституційну систему Великої Британії після закінчення королівського абсолютизму та поразки Кромвелевої революції у XVII ст.¹ Сам термін «верховенство права», за досить поширеною версією, ввів у науковий обіг англійський вчений і політичний діяч Дж. Гаррінгтон у 1656 році². Характеризуючи республіку як форму врядування, він вважає, що вона є «імперією законів, а не людей» (imperia of law, not of men)³.

Природно, що ідея верховенства права виникла у Великій Британії не на рівному місці. Її витоки можна знайти як у загальноєвропейській політико-правовій традиції, так і в специфічній історії англійського права.

¹ Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 4. – С. 24.

² Див., наприклад: Шевчук С. Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права: до нових методів тлумачення Конституції // Українське право. – 1998. – № 2. – С. 57.

³ Себайн Дж.Г., Торсон Т.Л. Історія політичної думки: Пер. з англ. – К., 1997. – С. 447.

Ще з часів давньогрецьких філософів до поняття «право» зверталися як до основного засобу, що допомагає контролювати здійснення державної влади¹. Особливо помітним в обґрунтуванні цієї ідеї був внесок Платона й Арістотеля.

Так, Платон наполягав на тому, що державна влада має обмежуватися законом. Там, де закон підкоряється якійсь іншій владі, не маючи своєї власної, там, на думку Платона, недалеко до падіння держави; але коли закон є господарем уряду, а уряд — його рабом, тоді становище дозволяє очікувати доброго, а люди мають усі блага, якими боги осипають державу².

Арістотель стверджував, що панування законів має перевагу над пануванням когось з громадян, і бачив користь від того, що люди, наділені владою, будуть призначені охоронцями закону і його слугами³. Великий вплив на західну політико-правову традицію мали також інші слова Арістотеля: «Отже, хто вимагає, аби панував закон, очевидно, хоче, щоб панували божество і розум, а хто вимагає, аби панувала людина, проявляє (у своїй вимозі) певне дикунство; бо пристрасть саме і є таким (чимось тваринячим), до того ж вона зводить навіть найкращих правителів з істинного шляху; навпаки, закон — це розум поза пристрастями і бажаннями»⁴.

Вимога, згідно з якою держава має ґрунтуватися на праві, в подальшому була розвинута римськими юристами. «Отож призначення магістрату, — підкреслював Цицерон, — як ви бачите, в тому, щоб керувати і віддавати розпорядження правильні, корисні й закономірні. Бо подібно до того, як магістратами керують закони, так народом керують магістрати, і можна на цілком достатній підставі сказати, що магістрати — це закон, що промовляє, а закон — це безмовний магістрат»⁵. Проте римляни зробили і негативний внесок у розвиток традиції верховенства права, про що свідчать такі положення Кодексу Юстиніана, як: «Що бажає

¹ Лукаїдес Л.Г. Принцип верховенства права и права человека [Электронный ресурс]. — http://www.legalworld.ru/inc/main_st.php?products_id=67.

² Платон. Законы // Платон. Соч. в 4 т. — Т. 3. — Ч. 2: Пер. с древнегреч. — СПб., 2007. — С. 204.

³ Арістотель. Політика: Пер. з давньогр. — К., 2003. — С. 95.

⁴ Арістотель. Політика. — С. 96.

⁵ Цицерон Марк Туллий. Диалоги: О государстве; О законах: Пер. с лат. — М., 1994. — С. 133.

государ, те має силу закону» (Дигести, 1.4.1.pr) і «Государ законом не зв'язаний» (Дигести, 1.3.31). Хоча заради справедливості слід зазначити, що вплив цих положень був частково нейтралізований іншим фрагментом Кодексу: «Гідно величності правителя государеві проголосити, що сам він підкоряється законам: до такого ступеня наш авторитет залежить від авторитета права. І насправді більше, ніж влада, є підкорення посади государя законам» (Кодекс Юстиніана, I.14.4). Тому в літературі зазвичай вказують на проблему дихотомії «свободи імператора від законів — зв'язаності імператора законами» (*princeps legibus solutus* — *princeps legibus alligatus*), що існувала в посткласичний і юстиніанівський періоди римського права¹.

Інше важливе традиційне уявлення, яке сприяло формуванню принципу верховенства права, — віра в закон як щось дане незалежно від людської волі, як правила, які мають бути відкриті, а не встановлені. Ідея, що закон можна свідомо створювати чи змінювати, здавалася майже блюзнірською. Історики права одностайні в тому, що в цьому сенсі всі відомі давні законодавці від Ур-Намму і Хаммурапі до Солона, Лікурґа і авторів римських «Дванадцяти таблиць» не передбачали створення нового закону, а просто фіксували закон таким, яким він був завжди. Згідно з середньовічними уявленнями, прийняття нового закону взагалі є неможливим, тому вся законодавча діяльність і будь-яка правова реформа сприймалися як відновлення доброго старого закону, що був спотворений. Думка про свідому правотворчу діяльність людей існувала в класичній Греції, але відносно недовгий час, а потім знову виникла лише наприкінці Середніх віків². Таке становище не є дивним, оскільки в досучасних суспільствах нормативний порядок в основному заданий традицією або одкровенням, а законодавча функція, що здійснюється на постійній основі, є характерною рисою сучасного розвитку³. Її поширення пов'язується з процесом посилення ко-

¹ Сильвестрова Е.В. Lex generalis. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V–X вв. н.э. — М., 2007. — С. 51.

² Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики: Пер. с англ. — М., 2006. — С. 92, 100, 102.

³ Парсонс Т. Система современных обществ: Пер. с англ. — М., 1998. — С. 34.

ролівської влади і стає особливо помітним в європейських кодифікаціях Нового часу.

Слід також підкреслити, що благодатним підґрунтям концепції верховенства права була традиція природного права. Як відомо, протягом століть європейська правова думка розвивалась внаслідок співставлення і протиставлення природного права і права позитивного. Прихильники природного права відстоювали ідею існування правових зобов'язань, вільних від будь-якого людського авторитету, визнавати які перед своїми громадянами повинне будь-яке суспільство і відверта неповага до яких обумовлює право на опір¹. Критична оцінка позитивного права з боку права природного, поза всяким сумнівом, деяким чином стримувала державну владу в її бажанні надати статус права приписам довільного характеру.

Ідеї захисту особистості за допомогою права від свавільного здійснення державою своєї влади, природного права та незалежності закону від людської волі поза всяким сумнівом існували і в Середні віки. Так, Б. Таманага умовно виділяє три середньовічні загальноєвропейські джерела принципу верховенства права:

1) практику присягань монархів виконувати божественні, природні, звичаєві і чинні закони. Цими своїми діями монархи визнавали і недвозначно проголошували, що неухильне виконання закону є тією мірою, якою слід оцінювати діяльність короля. Внаслідок повторення цих процедур виникає загальне очікування того, що монархія має підкорятися закону;

2) традицію германського звичаєвого права, яка підтримувала широко розповсюджене переконання, що вимоги права пов'язують всіх (у тому числі королів, князів та призначених ними посадовців, місцевих баронів та інших представників аристократії, які головували у місцевих судах) і ніхто не є вищим від закону. У свідомості, породженій звичаєвим правом, закон розглядався як річ священна і недоторканна. Король у свою чергу був охоронцем закону, який не мав влади проголошувати новий закон на свій розсуд, що розцінювалося б як богохульство стосовно закону. Показовим у цьому відношенні є початок однієї з найвідоміших правових пам'яток германського звичаєвого права — Саксонсько-

¹ Хейфе О. Справедливість: Философское введение: Пер. с нем. — М., 2007. — С. 56–57.

го зеркала: «... І право те, що тут дано, не вигадане мною воно, А з давніх пір від предків перейшло»¹. Пізніше проникнення у звичаєве право християнських уявлень лише додатково посилило відчуття того, що за своєю природою закон є більшим, ніж просто наказ, що він передбачає справедливість і право, яке ним визнається, однак ним не створюється;

3) діяльність аристократії, спрямовану на обмеження влади короля. Внаслідок цього королі добровільно чи вимушено визнавали, що вільні люди мають право бути захищеними від короля правовими процедурами. Найвідомішим документом, який закріплював подібні гарантії, була Велика Хартія вільностей 1215 р. Особливу увагу в цьому контексті привертає ст. 39 Хартії: «Жодну вільну людину не буде заарештовано чи ув'язнено, чи позбавлено володіння, чи оголошено поза законом, чи вигнано, чи якимось іншим способом знедолено, і ми не підемо на неї і не пошлемо на неї інакше, як за законним вироком її рівних і за законом її країни»². Це також сприяло утвердженню ідеї необхідності для королів, так само як і для їх підданих, виконувати закон³.

У період абсолютизму в XVI–XVII ст. верховенство права спостерігалось радше у вигляді його порушення, ніж у реальності, однак ідея підлеглості влади людині певному зовнішньому обмеженню продовжувала існувати: «Non sub homine sed sub Deo et lege» (Не під людиною, але під Богом і законом)⁴.

Отже, ідея того, що будь-яка влада підкорюється праву, є есенцією європейської політичної культури, точніше — це есенція двох тисяч років європейської конституційної культури, що має свої коріння в грецькому полісі і Римській республіці⁵.

¹ Саксонское зеркало // // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г.Ю. Семингин. — М.: Мысль, 1999. — Т. 2. Европа: V–XVII вв. — С. 437.

² Международные акты о правах человека: Сб. док. — М., 1999. — С. 4.

³ Детальніше про ці три джерела принципу верховенства права див.: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія: Пер. з англ. — К., 2007. — С. 26–35.

⁴ Гантінгтон С. Протистояння цивілізацій та зміна світового порядку: Пер. з англ. — Львів, 2006. — С. 77.

⁵ Политическая философия в Германии: Сб. ст. Изензее Й. и др.: Пер. с нем. — М., 2005. — С. 133.

Давня історія англійського права створює додаткові передумови для появи доктрини верховенства права. Так, вимога підкорення влади короля праву мабуть найгучніше звучить саме в середньовічній англійській правовій системі. Крім вищезгаданої Хартії вільностей, ідея верховенства права знаходить своє відображення в старовинній фразеології юридичних щорічників (Year Books, XIX. Henri VI): «La ley est le plus haute inhéristance que le roy ad; car par la ley, il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi, et nul inhéristance sera»¹ (Закон є найціннішою спадщиною, яку отримує король, оскільки він і всі його васали керуються законом, і коли б не було закону, не було б ні короля, ні спадкування королівської влади).

Нашу увагу також привертає відоме визначення верховенства права, яке наведено в роботі королівського судді Г. Бректона «Про закони і звичаї Англії» (приблизно 1239 р.): «Бо він має свій титул не тому, що владарює, а через те, що править добре, оскільки він король, поки править добре, але тиран, коли гнобить насильницьким пануванням людей, про яких йому довірено піклуватися. Тому хай його влада буде обмеженою законом, який є шорами для короля; нехай він живе за законом, бо людський закон проголошує, що законодавець має виконувати власний закон, а в іншому місці те саме джерело проголошує, що гідно величності правителя, щоб князь визнавав себе зобов'язаним коритися закону. Ніщо так не відповідає суверенному самодержцю, як жити за законом, і він має належно розпоряджатися тим, що дарує йому закон, бо закон робить його королем»².

Така ситуація для Англії не є дивовижною. Відповідно до панівних середньовічних поглядів державу розуміли ніби як стосунки за двосторонньою угодою між правителем і народом. Зміст цієї угоди становили закони, які встановлювали зобов'язальне право короля на законне підпорядкування і право народу вимагати дотримання законних меж влади. Таким чином, доводилось, що народ має право на виконання законів з боку короля³.

¹ Дайси А.В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции: Пер., доп. по 6-му английскому изданию. – Издание второе. – М., 1907. – С. 208.

² Цит. за: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. – С. 34.

³ Еллинек Г. Декларация прав человека и гражданина: Репринтное воспроизведение издания 1906 года. – Одесса, 2006. – С. 39–40.

Крім того, появі і утвердженню принципу верховенства права сприяла специфіка англійського права як загального права. Як відомо, у середні віки королі і парламент не вважалися важливими учасниками процесу правоутворення в англійській правовій системі. За припущенням Г. Бермана, все законодавство перших чотирьох англонорманських королів з 1066 до 1154 р. могло бути вміщене на одній сторінці. Це пояснюється тим, що королі взагалі не вважали регулярне видання нових законів одним із своїх обов'язків¹. Не виявляв великої активності в правотворчості і англійський Парламент. Аж до кінця XIX ст. його законодавча роль розглядалася лише як додаткова функція політичного органу.

У таких умовах основне правотворче навантаження припадає на суди. Ця ситуація є благотворною для обмеження свавілля влади.

По-перше, в еволюції загального права бере участь велика кількість людей, які зіштовхуються з новими обставинами і проблемами і ініціюють різноманітні позови, що вирішуються судами. Це зменшує можливість виникнення одноосібної деспотичної влади.

По-друге, загальне право стримує суддівську владу ще й тому, що суддя діє не за власною ініціативою, а лише тоді, коли на його розгляд передається певний спір.

По-третє, судді були вимушені встановлювати норми, виходячи з того, що ці правила поведінки відповідають давно існуючим звичаям суспільства. Як образно зауважує Е. Дженкс, королівські судді прагнули скроїти з різноманітних звичаїв своєї країни єдину одежину, а саме загальне право, яке б було міркою для всієї нації².

По-четверте, ще в середні віки в англійських юристів з'являється впевненість в тому, що існують межі розвитку загального права, які окреслені фундаментальними принципами, що судді не можуть запроваджувати довільні умови і обмеження, а повинні ухвалювати рішення, які відповідають суспільним сподіванням. Завдання суддів — удосконалювати право, розвиваючи

¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. – 2-е изд. – М., 1998. – С. 413.

² Дженкс Э. Английское право: Пер. с англ. – М., 1947. – С. 29.

і застосовуючи його фундаментальні принципи. Ці думки можна простежити в роботах Бректона, Гленвіла, Коука, Хейла та ін. Як зауважив ще у XVIII ст. видатний англійський суддя лорд Менсфілд, загальне право складається не з окремих випадків, а із загальних принципів, які ілюструються і роз'яснюються цими випадками¹.

По-п'яте, судді визнавали обов'язок королівської влади підкорюватися загальному праву. Так, ще 1328 року судді, які становили більшість у Палаті Общин, прийняли Статут Нортгемптона, відповідно до якого жодне королівське розпорядження не повинне порушувати встановлений порядок загального права; якщо ж таке розпорядження буде ухвалене, то судді мають його ігнорувати².

Таким чином, загальне право традиційно сприймалось не як продукт чиеїсь волі, а радше як бар'єр проти будь-якої влади, у тому числі королівської.

Врешті-решт усі ці ідеї спричинили появу теорії деклараторного права, яка підкреслювала неприпустимість свавільної правотворчості. Один з її основних авторів — В. Блекстон — забезпечив загальне право родоводом від права природного. При цьому він применшував творчу роль суддів, називаючи їх «оракулами» закону. Зображуючи суддів посередниками, передавачами наказів, що беруть свій початок у Божій волі, ця метафора накреслювала чітку межу між ними й політиками та державними діячами³.

Слід також підкреслити, що саме в Англії суд на момент посилення королівської влади являв собою автономну й авторитетну інституцію, яка захищала право і могла чинити опір королівському свавіллю (яскравим прикладом тут може бути відоме протиостояння судді Коука та короля Якова I)⁴.

Новий час ставить античні і середньовічні уявлення про право як засіб, що допомагає контролювати здійснення державної

¹ Цит. за: *Хайек Ф.А. фон*. Право, законодательство и свобода. — С. 105.

² *Берман Г. Дж.* Вера и закон: примирение права и религии: Пер. с англ. — М., 1999. — С. 84.

³ *Познер Р.А.* Проблемы юриспруденции: Пер. з англ. — (місто не вказане), 2004. — С. 19.

⁴ Див. з цього приводу: *Себайн Дж.Г., Торсон Т.Л.* Історія політичної думки. — С. 403–405.

влади, на службу надзвичайно могутній ідеї індивідуальної свободи. У цей період західна цивілізація зрозуміла, що індивіди вільні настільки, наскільки представники влади зобов'язані діяти відповідно до чинного права. Тому вимога підкорення держави праву сприяє свободі, надаючи індивідам можливість передбачати, коли до них може бути застосовано примус з боку правового апарату держави, і дозволяє уникати втручання в їхні справи з боку позитивного права, не порушуючи його¹. Громадяни підкорюються тільки праву, а не волі чи рішенню іншої людини, наділеної владою здійснювати примус. Це й робить громадян вільними. Найкраще цю думку сформулював Монтеск'є: «Свобода є правом робити все, що дозволяють закони»². Отже, можна зробити висновок, що саме поєднання античної і середньовічної правової традиції з ідеєю пріоритету індивідуальної свободи й створило фундамент сучасної концепції верховенства права.

Загальновизнано, що її класичне обґрунтування було здійснене відомим англійським юристом, професором Оксфордського університету Альбертом Дайсі в роботі «Вступ в дослідження права конституції» (1885 р.). Основу принципу верховенства права³, на його думку, становлять три положення: (1) відсутність державного свавілля; (2) підпорядкування кожного звичайному закону, який застосовується звичайними судами; (3) загальні норми конституційного права утворюють результат загального права країни⁴.

Відсутність державного свавілля насамперед означає, що «ніхто не може бути покараний і поплатитися особисто чи власним статком інакше, як за певне порушення, доведене звичайним законним способом перед звичайними судами країни. У цьому сенсі панування права являє собою контраст з усякою урядовою системою, заснованою на застосуванні урядовцями широкої і свавільної примусової влади (с. 213). «Англіїці управляються

¹ *Таманага Б.* Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 44.

² *Монтеск'є Ш.Л.* О духе законов // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин. — М., 1999. — Т. 3. Европа. Америка: XVII–XX вв. — С. 115.

³ Для позначення цього принципу А. Дайсі використовує як синоніми три терміни: rule of law, supremacy of law та predominance of law, тобто панування права, верховенство права та переважання права.

⁴ *Дайси А.В.* Основы государственного права Англии. — С. 212–231.

законом і лише законом. У нас людина може бути покарана, але тільки за порушення закону, а не за щось інше» (с. 230).

За допомогою тези про підпорядкування кожного звичайному закону, який застосовується звичайними судами, «ми висловлюємо не лише те, що у нас немає нікого, хто був би вищим за закон, але й дещо зовсім інше — саме що у нас кожна людина, незалежно від її звання чи статусу, підпорядковується звичайним законам і підлягає юрисдикції звичайних судів» (с. 220). Верховенство права в цьому сенсі як ідея рівності перед законом «виключає думку про будь-яке звільнення посадових осіб чи будь-кого іншого від обов'язку підпорядковуватися закону, якому підпорядковуються інші громадяни, чи від відповідальності перед звичайними судами; у нас немає нічого, що відповідає французькому «адміністративному праву» (*droit administratif*) чи адміністративним судам (*tribunaux administratifs*). Принцип, який лежить в основі «адміністративного права», що справи чи спори, які стосуються уряду чи його слуг, не є підвідомчими цивільним судам і мають вирішуватися спеціальними й більш-менш адміністративними установами ... цілком несумісний з нашими традиціями і звичаями» (с. 230–231).

В останньому значенні принцип верховенства права свідчить про те, що «загальні принципи конституції (так, наприклад, право свободи особи чи право публічних зібрань (мітингів)) є у нас результатом судових рішень, що визначають права приватних осіб в окремих випадках, які передаються на вирішення судів; між тим, за багатьма зарубіжними конституціями забезпечення прав приватних осіб (яким би воно не було) залежить, як здається, від загальних принципів конституції» (с. 222). Це означає, що «конституційне право, тобто норми, які в інших державах природно входять до складу конституцій, у нас є не джерелом, але наслідком прав приватних осіб, що визначаються і захищаються судами; що, одним словом, у нас принципи громадянського права були настільки розвинуті судами і парламентом, що ними визначаються навіть становище країни і її слуг, так що конституція є результатом звичайного права країни» (с. 231).

Іншими словами, А. Дайсі вважав, що (1) державна влада не повинна мати широких дискреційних повноважень, що забезпе-

чить відсутність свавілля з її боку; (2) має бути додержана юридична рівність усіх громадян перед законом у межах єдиної, загальної системи юрисдикції; (3) права людини мають забезпечуватися в судовому порядку, що утворює основу конституційного устрою громадянського суспільства, — тому головне, щоб система прав людини не лише декларувалася в конституції, але й існувала в реальному режимі завдяки ефективно діючому механізму судового забезпечення¹.

У ХХ ст. доктрина верховенства права вийшла за межі Великої Британії і була сприйнята правовими системами багатьох європейських держав і міжнародним правом. Сьогодні принцип верховенства права в системі європейських цінностей належить до засадничих: на ньому будують свою діяльність Рада Європи, Європейський Союз і ОБСЄ².

¹ Каламкарян Р.А. Господство права (Rule of Law) в международных отношениях. — М., 2004. — С. 17, 35.

² Докладніше про сприйняття принципу верховенства права європейськими правовими системами, ООН, Радою Європи і Європейським Союзом див.: Головатий С. Верховенство права: У 3 кн. — К., 2006. — Кн. 2-га. Верховенство права: від доктрини до принципу. — С. 803–1261.